

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER

CURSO DE DIREITO

**ANA PAULA ROSA ALVES**

**A EFICÁCIA DA PRISÃO PREVENTIVA NO TOCANTE À  
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Associação Educativa Evangélica  
BIBLIOTECA

Associação Educativa Evangélica  
BIBLIOTECA

RUBIATABA/GO

FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA-FACER

CURSO DE DIREITO



ANA PAULA ROSA ALVES

**A EFICÁCIA DA PRISÃO PREVENTIVA NO TOCANTE À  
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

Monografia apresentada a FACER - Faculdade de Ciências e de Educação de Rubiataba, como requisito para obtenção do grau de Bacharel em Direito sob orientação do professor André Luiz Vasconcelos.

30480  
Saori

Tombo nº	13885
Classif.:	.....
Ex.:	01. ....
.....	.....
.....	.....
Origem:	d. ....
Data:	09/02/09. ....

RUBIATABA /GO  
2008

**FOLHA DE APROVAÇÃO**

**ANA PAULA ROSA ALVES**

**A EFICÁCIA DA PRISÃO PREVENTIVA NO TOCANTE À  
GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA**

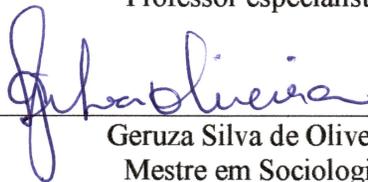
COMISSÃO JULGADORA  
MONOGRAFIA PARA OBTENÇÃO DO BACHARELADO DE DIREITO  
PELA FACULDADE DE CIÊNCIAS E EDUCAÇÃO DE RUBIATABA

RESULTADO \_\_\_\_\_

Orientador \_\_\_\_\_

André Luiz Vasconcelos  
Professor especialista

2º Examinador \_\_\_\_\_



Geruza Silva de Oliveira  
Mestre em Sociologia

3º Examinador \_\_\_\_\_

Samuel Balduino Pires da Silva  
Professor especialista

**Rubiataba/2008**

## DURANTE ESTE TRABALHO...

As dificuldades não foram poucas...

Os desafios foram muitos...

Os obstáculos, muitas vezes, pareciam intransponíveis.

Muitas vezes nos sentimos só, e, assim, o estivemos...

O desânimo quis contagiar, porém, a garra e a tenacidade foram mais fortes, sobrepondo esse sentimento, fazendo-nos seguir a caminhada, apesar da sinuosidade do caminho.

Agora, ao olharmos para trás, a sensação do dever cumprido se faz presente e podemos constatar que as noites de sono perdidas, as viagens e visitas realizadas; o cansaço dos encontros, os longos tempos de leitura, digitação, discussão; a ansiedade em querer fazer e a angústia de muitas vezes não o conseguir, por problemas estruturais; não foram em vão.

Aqui estamos, como sobreviventes de uma longa batalha, porém, muito mais fortes e hábeis, com coragem suficiente para mudar a nossa postura, apesar de todos os percalços...

A Deus em primeiro lugar, Criador de todo o universo, Autor da minha vida, que, mesmo não merecendo, me deu a oportunidade de iniciar este curso e forças para concluí-lo. Aos meus pais: Antônio Alves Ferreira e Vânia Maria Rosa Alves Ferreira, que sempre me apoiaram em cada etapa da minha vida, me ajudando, me incentivando em tudo e principalmente acreditando em mim. Aos amigos que sempre estiveram ao meu lado pelo carinho e apoio.

Ao Professor e orientador André Luiz Vasconcelos pela paciência, dedicação e incentivo que muito me ajudaram na conclusão deste trabalho.

Aos colegas de turma, em especial a Paula Águida, Karollyne Soledade, Joyciene Aparecida e Cristhyane de Paula, pelos agradáveis momentos vividos.

A todos os professores do Curso de Direito que transmitiram valiosos conhecimentos sempre dando apoio e motivação.

"Não deveremos nos esquecer que mesmo a liberdade tem suas normas, ela não deve ser proliferada ao acaso desordenadamente, pois desta forma passará a ter uma conotação próxima à marginalidade."

(Ivan Teorilang)

**RESUMO:** A prisão preventiva é exemplo clássico de medida coercitiva cautelar, marcada pela provisoriedade e pelo seu caráter facultativo, visando assegurar, situações relacionadas com o direito material ou com as conveniências procedimentais do processo. Ela está elencada nos artigos 311 aos 316, do Código de Processo Penal. Afirma que a prisão preventiva situa-se como medida excepcional cabendo ao juiz indicar, de modo claro, fatos concretos que demonstrem a imperiosidade da custódia preventiva, a fim de garantir a ordem pública, assegurar a instrução criminal, ou a aplicação da lei penal. Conclui que a prisão preventiva é instrumento legal para satisfação das exigências da vida em sociedade, mas deve ser usado com cautela e em face da garantia maior do cidadão.

Palavras chave: prisão preventiva, garantia da ordem pública, provisoriedade, artigos 311 a 316 do CPP.

**SUMMARY:** Pre-trial detention, is classic example of coercive precautionary measure, marked by temporary and his character optional, to ensure, situations related to the substantive law or procedural with the convenience of the process. She is listed in Articles 311 to 316 of the Code of Criminal Procedure. Affirms that the temporary custody pre-trial detention is situated as an exceptional measure up to the judge indicate clearly on concrete facts showing that the imperiosidade of preventive custody to ensure public order, ensure the criminal investigation, or implementation of the criminal law. It concludes that the detention is legal instrument to meet the demands of life in society, but should be used cautiously and in the face of greater security of the citizen.

Keywords: Key words: custody, the order of public security, temporary, content page 311 to 316 of CPP.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	11
1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO PREVENTIVA, APONTANDO O SEU SURGIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO .....	14
1.1 Origens da Prisão como Pena Criminal no Mundo.....	14
1.2 Origens da Prisão como Pena Criminal no Brasil.....	16
1.2.1 Brasil Império.....	19
1.2.2 Brasil República .....	22
1.3 As origens da prisão preventiva no Brasil .....	23
1.4 As modificações sofridas nos artigos que autorizam a prisão preventiva.....	25
1.5 Prisão preventiva em outros ordenamentos jurídicos.....	26
1.5.1 Prisão preventiva no ordenamento jurídico de Portugal.....	26
1.5.2 Prisão preventiva no ordenamento francês.....	28
1.5.3 Fundamentos e condições para determinação da prisão preventiva.....	29
2 A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL.....	31
2.1 Legitimidade da Prisão Preventiva.....	32
2.2 Os requisitos de admissão da prisão preventiva e sua revogação.....	33
3 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO PREVENTIVA .....	38
3.1 Natureza jurídica da garantia da ordem pública.....	39
3.2 Interpretações dadas à garantia da ordem pública.....	41
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	50
Livros.....	50
Endereços eletrônicos.....	51
Códigos.....	51
Leis.....	53

## **LISTA DE ABREVIATURAS/SIGLAS/SÍMBOLOS**

Art: Artigo

CF: Constituição Federal

CP: Código Penal

CPP: Código de Processo Penal

STF: Supremo Tribunal Federal

§ 4º: parágrafo quarto

§ 5º: parágrafo quinto

§ 8º: *parágrafo oitavo*

## INTRODUÇÃO

O presente estudo tem por objetivo aprofundar a análise do requisito da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva de uma pessoa acusada do cometimento de uma infração penal. Busca investigar os fundamentos normativos que alicerçam este instituto, assim como as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais, pois estas últimas são frutos da aplicação prática da norma ora investigada. A reflexão ater-se-á ao requisito da garantia da ordem pública, sem preocupar-se detalhadamente com os demais elencados no artigo 312 do Código de Processo Penal, por entender que este, especificamente, carece de uma melhor definição por parte dos juristas que estudam e dedicam-se ao direito processual penal.

Por outro lado, esta investigação parte de premissas consideradas fundamentais. Primeiro: considera a liberdade física do indivíduo regra, sendo a sua privação, medida de natureza excepcional. Segundo: admite hipóteses de medidas privativas de liberdade anteriores ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, desde que fundamentada nos limites da legalidade estrita e em critérios legais puramente objetivos. Terceiro: entende o cárcere como a pior reprimenda, ou seja, como o mal maior de um ordenamento jurídico.

Assim, confrontando-se tais premissas com a realidade do arcabouço legislativo e judicial do sistema criminal brasileiro, nota-se que existe praticamente unanimidade no tocante a primeira e terceira, principalmente após os avanços das investigações sociológicas e criminológicas desenvolvidas no século XX, bem como o advento da Constituição Federal de 05 de outubro de 1988. Da mesma forma, no que se refere à segunda, goza de certa unanimidade a aceitação das medidas privativas de liberdade de natureza cautelar, não havendo maiores discordâncias quanto a sua imperiosidade.

Em muitos casos não haveria necessidade de decretação da prisão preventiva, pois a pessoa que cometeu o ato infracional não apresenta riscos para a população ou não comprometera o andamento do processo, mas há outros casos que isso possa a vir acontecer,

portanto esse estudo ira nos mostrar se realmente esse tipo de prisão quando se referir a garantia da ordem publica é valido ou não.

Com isso podemos perceber que, depois da vida, é a liberdade nosso maior bem. Esta é a regra: liberdade do ser humano. O Estado tem como dever garanti-la. Quando falamos em ser humano, em individualidade e em sociedade, não podemos deixar de falar, também, no lema "*Liberté, Egalité, Fraternité*", ou seja, "Liberdade, Igualdade, Fraternidade" usado na Revolução Francesa, em 1784, o qual retratava que os homens nascem e permanecem livres e iguais nos direitos. A liberdade é considerada um direito natural. Todo ser humano é livre, e ninguém pode, por sua simples vontade, retirar-lhe esse direito. A exceção é a prisão, e é a Lei que determina quando um cidadão deve ou não ser preso, onde esse trabalho tem por objetivo em nos mostrar uma das formas de prisão, sendo ela a preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. Os objetivos deste trabalho estão divididos entre gerais e específicos, sendo o geral a analise da prisão preventiva, no que diz respeito à garantia da ordem publica e os específicos estão divididos nos capítulos do presente trabalho.

Esse trabalho teve como orientação livros, artigos da internet e autores que discorre sobre o assunto, como por exemplo, Capez (2001), Tourinho Filho (1999), etc.

Foi utilizada a pesquisa bibliográfica neste trabalho, onde de início houve um levantamento bibliográfico referente ao tema, antecidos por pesquisas e consultas utilizando-se algumas doutrinas que analisar a legislação, jurisprudência, revistas jurídicas, artigos científicos e também materiais bibliográficos disponibilizados no meio eletrônico, como por exemplo a internet. Sendo essa pesquisa de acordo com Cervo (2007, p.48):

Procura explicar um problema a partir de referências teóricas publicadas em artigos livros, dissertação e teses. Pode ser realizada independente ou como parte da pesquisa descrita ou experimenta. Em ambos os casos, buscam-se conhecer e analisar as contribuições culturais ou científicas do passado sobre determinado assunto, tema ou problema.

A monografia teve como método utilizado o Dialético, onde pode-se chegar a idéias decorrentes de idéias de vários autores, onde percebemos que no início do trabalho tínhamos

uma tese, que seria a idéia inicial, que foi derrubada por uma antítese, e como isso forma-se uma síntese. A dialética segundo Engels (1978, p. 105), é:

é a grande idéia fundamental segundo a qual o mundo não deve ser considerado como um complexo de coisas acabadas, mas como um complexo de processos em que as coisas, na aparência estáveis, do mesmo modo que os seus reflexos intelectuais no nosso cérebro, as idéias, passam por uma mudança ininterrupta de devir e decadência, em que finalmente, apesar de todos os insucessos aparentes e retrocessos momentâneos, um desenvolvimento progressivo acaba por se fazer hoje.

Esse trabalho foi um trabalho de compilação, que partimos de exposição de pensamentos de derivados autores, onde eles apresentam suas opiniões e logo depois fazemos nossas comparações. Uma monografia de compilação segundo Nunes (2001, p.19) consiste:

Na narração minuciosa do pensamento de autores que escreveram sobre o tema escolhido. É a organização lógica e harmônica das várias opiniões, mesmo quando se apresentarem antagônicas. Onde deve expor as várias posições de maneira clara, emitindo sua opinião e conclusões sobre os pontos que julgar importantes.

Com isso posto acredita-se ter obtido todas as informações possíveis a cerca do tema estudado, alcançando os objetivos propostos a cerca da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública.

# **1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA PRISÃO PREVENTIVA, APONTANDO O SEU SURGIMENTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**

Este capítulo irá trabalhar que, desde os tempos mais remotos da humanidade, o que encontramos na nossa trajetória histórica são grupos humanos, e não indivíduos isolados e, dentro desses grupos, desde logo, regras de comportamento social. A vigência das regras resultava do hábito e a sua obrigatoriedade estava assentada no temor religioso ou mágico. Nessas formas primárias de comunidade, por óbvio, não existia um órgão que exercesse a autoridade coletiva. Os grupos sociais se formavam e se regravam com total ausência do Estado.

## **1.1 Origens da prisão como pena criminal no mundo**

As primeiras leis que surgiram nas sociedades primitivas foram leis penais, embora a *idéia de prisão como pena criminal não existisse no pensamento dos homens*. O direito de punir do Estado, especialmente, com pena de prisão é relativamente recente. Com a decadência da pena de morte e com os problemas socioeconômicos do início do século XIX é que a prisão, até então pena corporal, passou a ser considerada a pena das sociedades civilizadas. A pena de morte começou a perder sua força na segunda metade do século XVIII, pois não conseguia conter o avanço da criminalidade e não alcançava mais os objetivos de *segurança das classes superiores*.

Foi no período iluminista<sup>1</sup> que ocorreu o marco inicial para uma mudança de mentalidade no que dizia respeito à pena criminal. Surgiram, na época, figuras que marcariam a história da humanização das penas: Cesare Beccaria<sup>2</sup>, em sua obra intitulada *Dos Delitos e das Penas*, publicada em 1764; John Howard<sup>3</sup>, que escreveu a obra *O Estado das Prisões na Inglaterra e País de Gales*; o pensador inglês Jeremias Bentham, idealizador do pensamento utilitarista, autor do *Tratado das Penas e das Recompensas* (1791); Samuel Puffendorf, professor de Filosofia do Direito na Alemanha; entre outros.

Nesta época, com a influência desses pensadores, com destaque especial para Beccaria, começou a ecoar a voz da indignação com relação às penas desumanas que estavam sendo aplicadas sob a falsa bandeira da legalidade

Quase todos os autores são unânimes em afirmar o que Foucault (2002, p.63) diagnostica:

A Revolução Francesa influenciou consideravelmente. A reação contra os princípios vigentes fez nascer novo período do Direito Penal: o humanitarismo. As idéias dos enciclopedistas foram absorvidas por BECCARIA – *Dos delitos e das Penas* – combateu veemente a violência e o vexame das penas, pugnando pela atenuação, além de exigir o princípio da reserva legal e garantias processuais ao acusado.

---

<sup>1</sup> “A consagração do princípio da humanidade no direito penal moderno, deve-se ao grande movimento de idéias que dominou o século XVII e XVIII, conhecido como iluminismo. Os arautos do pensamento iluminista advogavam a transformação do Estado, partindo de duas idéias fundamentais. De um lado a afirmação da existência de direitos inerentes a condição humana, e de outro lado a elaboração jurídica do Estado como se tivesse origem em um contrato, no qual, ao constituir-se o Estado, os direitos humanos seriam respeitados e assegurados”. Luiz Luisi. *Os princípios Constitucionais Penais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991, p. 32.

<sup>2</sup> Heleno Fragoso comenta a obra de Cesare Beccaria: “Beccaria parte da idéia do contrato social, afirmando que o fim da pena é apenas o de evitar que o criminoso cause novos males e que os demais cidadãos o imitem, sendo tirânica toda punição que não se funde na absoluta necessidade. Defendia a conveniência de leis claras e precisas, não permitindo sequer ao juiz o poder de interpretá-las, opondo-se, dessa forma, ao arbítrio que prevalecia na justiça penal. Combateu a pena de morte, a tortura, o processo inquisitório, defendendo a aplicação de penas certas, moderadas e proporcionais ao dano causado à sociedade”. In: Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de Direito Penal*. 1985, pp. 39 - 40.

<sup>3</sup> Sobre John Howard: “O barco em que viajava foi aprisionado por um corsário francês e os passageiros lançados ao fétido calabouço da cidade de Brest. Desde então a sua vocação filantrópica e humanitária orientou os futuros passos de seus estudos”. René Ariel Dotti. *Curso de Direito Penal (parte geral)*. 2002, p.14.

O problema socioeconômico enfrentado no século XVIII foi outro fator muito importante na transformação da pena privativa de liberdade. A pobreza predominava e, com o aumento da miséria, as pessoas passaram a cometer um número maior de delitos patrimoniais<sup>4</sup>. Como a pena de morte não respondia mais aos anseios da justiça e seu caráter de exemplaridade da pena fracassava, o processo de domesticação do corpo já não atemorizava, surgiu a pena privativa de liberdade, uma grande invenção que demonstrava ser o meio mais eficaz de controle social.

Foucault (2002), sobre pena-castigo, afirma: No final do século XVIII a pena corporal chega ao seu fim. Surgem, então, os chamados sistemas penitenciários, baseados na segregação e no silêncio, com o objetivo de regenerar o indivíduo. Marcando uma época mais racional e humanista, nascendo o princípio da humanidade.

## 1.2 Origens da prisão como pena criminal no Brasil

O Brasil foi colonizado por Portugal, os outros países da América do Sul foram colonizados pela Espanha e por isso, regra geral, adotam a sistemática do ordenamento jurídico espanhol.

Quando os portugueses chegaram ao Brasil, não encontraram nenhum elemento aproveitável de direito, que pudesse ser extraído dos usos e costumes dos silvícolas. A repressão se limitava a vingança privada, pena de Talião e perda da paz. O nosso ordenamento jurídico teve como fundamento, a legislação portuguesa que inicialmente se baseava no direito canônico e romano.

---

<sup>4</sup> Foucault fala sobre a mudança do comportamento da sociedade tendo em vista a crise econômica: “Desde o fim do século XVII, com efeito, nota-se uma diminuição considerável dos crimes de sangue e, de um modo geral, das agressões físicas; os delitos contra a propriedade pareceram prevalecer sobre os crimes violentos; o roubo e a vigarice sobre o assassinato, os ferimentos e golpes; a delinquência difusa, ocasional, mas freqüente das classes mais pobres é substituída por uma delinquência limitada e ‘hábil’; os criminosos do século XVII são ‘homens prostrados, mal alimentados, levados pelos impulsos e pela cólera, criminosos de verão’”. Michel Foucault. *Vigiar e Punir*. pp. 64 – 65, 1998.

Como afirma (RAMOS, 1995), ao tempo do princípio da colonização portuguesa, vigorava em Portugal as Ordenações Afonsinas (Rei D. Afonso V). Nessas ordenações é preponderante a influência do direito canônico e romano, e das leis das Partidas de Castela. Como nas Ordenações posteriores, as Afonsinas eram compostas por cinco livros, semelhante as Decretais de Gregório IX, sendo que a parte penal era disposta no Livro V.

Estas Ordenações vigoraram de 1446 até 1521 quando foi concluída a primeira impressão das Ordenações Manuelinas (Rei D. Manuel, o Venturoso). As Ordenações Manuelinas vigoraram de 1521 até 1603 e seu conteúdo era bem mais liberal que o conteúdo das Ordenações Filipinas editadas posteriormente.

As ordenações Manuelinas foram obras da reunião das leis extravagantes promulgadas até então com as Ordenações Afonsinas, num processo de técnica legislativa, que buscava um melhor entendimento das normas vigentes. O conteúdo liberal das Ordenações Manuelinas é percebido em seu livro V que assegura o que chamamos modernamente de direito da ampla defesa. Isso pode ser notado também ao observar que as discriminações raciais, apesar do profundo ódio de D. João III contra os hebreus, não são excessivas.

Em 1549, D. João III observou que o sistema de colonização não estava oferecendo os resultados almejados, por isso, criou um governo geral para o Brasil. Esse governo era dotado de um governo geral, um provedor geral, um capitão-mor da costa, um alcaide-mor e um ouvidor-geral cuja atribuição era presidir a justiça.

Na época havia os juizes ordinários, os juizes de fora (nomeados por carta régia para representar os interesses da Coroa), os juizes de órfãos, e os auxiliares escrivães, tabeliães, alcaides, inquiridores, quadrilheiros, meirinhos, e almotacés.

No ano de 1573, o Rei D. Sebastião dividiu o Brasil em dois governos gerais, sendo um para o Norte, cuja capital era Salvador da Bahia e outro para o Sul, cuja capital era o Rio de Janeiro.

As Ordenações Filipinas surgiram em 1595, foram mandadas obedecer em 1603 e vigoraram por quase 300 anos. Para muitos tais Ordenações surgiram por pressão da Companhia de Jesus, realmente nota-se nos Livros II e V, fortíssima influência do clero. O Rei Felipe II era conhecido pelo seu fervor religioso, intolerância religiosa e se concebia como o braço armado da Igreja ou como o Rei Davi escolhido para reprimir os inimigos de Deus.

Não havia distinção específica entre órgãos de polícia e de magistratura e somente no dia 25 de junho de 1760 foi criada a Intendência Geral da Polícia. Esta paradoxalmente, com funções judiciais, pois conforme o alvará daquela data, se mandava ao Intendente cumprir as Ordenações e leis extravagantes. O direito penal disposto no Livro V das Ordenações Filipinas é alvo de críticas pelos juristas atuais, pois equiparava o pecado ao crime e era extremamente desumano.<sup>5</sup>

Marques oferece respaldo a essa afirmação: Era no famoso Livro V, de malsinada memória em virtude de seus preceitos desumanos e bárbaros, que vinha regulado, nos seus institutos básicos, o procedimento penal. Sob o signo de seu sistema normativo, cruel e despótico, ali se acasalavam um Direito Penal retrógrado e sanguinário com regras processuais inquisitivas, consubstanciadas, sobretudo nas tristemente famosas inquirições devassas. Marques (1997) que classifica o Livro V, como legislação inconseqüente, injusta e cruel, e como uma estruturação primária e rudimentar de indisfarçável empirismo.<sup>6</sup>

A pena capital e as penas infamantes, como o açoite, a marca de fogo e as galés, eram aplicadas desenfreadamente e com a mesma severidade com que se punia a heresia, a

---

<sup>5</sup>Higor Vinicius Nogueira Jorge. *As raízes da investigação criminal - Investigação criminal do mundo*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2081>. Acesso em 22 de junho de 2008.

<sup>6</sup>José Frederico Marques. *Elementos de direito processual penal*. 1997.p.42

blasfêmia, a apostasia e a feitiçaria. Essa codificação juntamente com as leis esparsas que foram editadas posteriormente, formam o arcabouço jurídico que regeu o país durante o período colonial.

### 1.2.1 Brasil Império

Em 1808, com a chegada de D. João VI ao Brasil, foi criado o Supremo Conselho Militar e de Justiça, o Tribunal de Mesa do Desembargo do Paço e da Consciência e Ordens, o lugar de Juiz conservador da Nação Britânica, a Intendência Geral de Polícia e deu à Relação do Rio de Janeiro a categoria de Casa de Suplicação, constituindo o Superior Tribunal de Justiça.

O cargo de Intendente Geral de Polícia era exercido por um desembargador do Paço, que tinha em cada província um delegado e significou para muitos doutrinadores, o surgimento da Polícia Civil no Brasil.

D. Pedro, no dia 28 de agosto de 1822, determinou aos juízes que ninguém poderia ser preso sem culpa formada, que a pena deveria ser proporcional ao crime, não podendo passar da pessoa do delinqüente, e que não poderia mais haver torturas, açoites confisco de bens, marcas de ferro quente e as demais penas infamantes dispostas nas Ordenações Filipinas. O artigo 179 da Constituição de 1824 ratificou as determinações de D. Pedro, pois definiu os direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, estabelecendo preceitos e princípios garantidores de um processo criminal bem diverso do que vigorava sob a égide do Livro V das Ordenações. Nele vinham estabelecidas as garantias mais caras ao espírito liberal do século.

A lei de 13 de outubro de 1827 instituiu o Juizado de Paz, em cada uma das freguesias e capelas curadas do Império do Brasil, concedendo atribuições preventivas e repressivas para os juízes de paz.

No início da formação do Estado brasileiro, a investigação criminal, a elaboração do corpo de delito e a formação de culpa seguiram uma forte influência inglesa, eis que um juiz de paz eleito por sua comunidade encarregava-se dessas atividades, havia um grande e um pequeno júri, responsável pelo juízo de admissibilidade da acusação e posterior julgamento das causas penais, como na Inglaterra.

O Código de Processo Criminal, de 1832, representa a concretização dos ideais humanitários e liberais que o povo brasileiro clamava. Esse Código dispunha sobre normas de Organização Judiciária e mantinha a divisão territorial do país, em distritos, termos e comarcas. O problema desse Código é que seus sistemas não tinham eficiência suficiente para restaurar definitivamente, a ordem e a tranquilidade.

O Código de Processo Criminal alterou completamente as formas do procedimento criminal. As devassas gerais, as devassas especiais, as querelas e as denúncias foram eliminadas. Em relação ao Juizado de Paz não ocorreram mudanças, pois os juízes continuaram podendo proceder ao auto de corpo de delito e formar a culpa aos delinquentes, nos processos ordinários (art. 12, parágrafo 4º). O sumário de culpa era o único fundamento da acusação criminal.<sup>7</sup>

Em razão dessas falhas do Código, no dia 3 de dezembro de 1841 foi promulgada a Lei e em 31 de janeiro de 1842 o seu Decreto nº 120, regulando a execução da parte policial e criminal.

Nascia então a polícia judiciária brasileira que visava possibilitar ao Governo imperial debelar a ordem e impor a sua autoridade em todos os quadrantes da nação. Essa Lei e sua regulamentação objetivaram criar um aparato policial altamente centralizado e armar o Governo de poderes suficientes para tornar efetiva a autoridade legal.

A Lei em comento restringiu as funções do Juiz de Paz e estabeleceu que, no município da Corte e em cada província, haveria um Chefe de Polícia e respectivos delegados e subdelegados, os quais seriam nomeados pelo Imperador ou pelos presidentes.

---

<sup>7</sup> Higor Vinicius Nogueira Jorge. *As raízes da investigação criminal - Investigação criminal do mundo*. Disponível em: <http://iusvi.com/artigos/2081>. Acesso em 22 de junho de 2008.

Os Chefes de Polícia eram escolhidos dentre os desembargadores e Juizes de Direito e os delegados e subdelegados dentre quaisquer juizes e cidadão: seriam amovíveis e obrigados a aceitar.

Tal lei também facultou as autoridades policiais remeterem todos os dados, provas e esclarecimentos que obterem de um delito, com uma exposição do caso e suas circunstâncias aos juizes competentes relatório. O Chefe de Polícia procedia o auto de corpo de delito e formava a culpa aos delinquentes em concorrência com juizes municipais, que substituíram os juizes de paz, acumulando as funções criminais e policiais.

Apesar do empenho do Imperador em acabar com o crime e com a impunidade dos criminosos, a Lei de 1841 não conseguiu concretizar esse intento. Por isso, Nabuco de Araújo, apresentou ao Parlamento um projeto com o fito de combater o exarcebado policialismo da Lei em testilha e armar a sociedade contra o crime.

O projeto de Nabuco Araújo buscava fortalecer a justiça togada, ampliando sua competência, não só em detrimento da polícia, como também do Júri popular. Vários projetos com a finalidade de reformar a referida Lei foram elaborados. A reforma desta lei apenas aconteceu em 20 de setembro de 1871 com a Lei nº 2.033, cuja regulamentação ocorreu em 22 de novembro do mesmo ano, pelo Decreto nº 4.824. Em virtude dessa reforma a Justiça foi separada da Polícia, pois tornou os cargos de polícia incompatíveis com os cargos de juiz municipal e com os de juiz substituto.

A formação de culpa passou aos juizes de direito e aos juizes municipais, de forma que os membros da polícia não podiam pronunciar.

Com essa Lei surgiu também o Inquérito Policial e foram modificados alguns institutos como a prisão preventiva, fiança e recursos. O artigo 42 da referida Lei dispunha: O inquérito policial consiste em todas as diligências necessárias para o descobrimento dos fatos criminosos, de suas circunstâncias e de seus autores e cúmplices, devendo ser reduzido a instrumento escrito.

Em 11 de outubro de 1890, o Governo Provisório promulgou o Código Penal Brasileiro através do Decreto nº. 847. O seu artigo 407 dispunha algumas inovações importantes sobre a ação penal. °

### 1.2.2 Brasil república

No dia 24 de fevereiro de 1891 foi promulgada a Constituição republicana. Esta Constituição revigorou as garantias processuais, transformando, inclusive, o habeas corpus em garantia constitucional.

Um aspecto negativo dessa Constituição foi a faculdade a cada unidade da federação de legislar sobre o processo civil e criminal e sobre a organização das respectivas justiça. Essa faculdade criou uma diversidade de sistemas e prejudicou a aplicação da lei penal. Após a vitória da Revolução de 1930 foi mantido o regime pluralista.

Somente com a Constituição Federal de 16 de julho de 1946 houve o fim do regime pluralista. O inciso nº XIX, letra a, do artigo 5º dessa Constituição dispunha: Compete privativamente à União: legislar sobre direito penal, comercial, civil, aéreo e processual.

Segundo o previsto na Constituição, o Presidente da República nomeou os ministros Bento de Faria e Plínio Casado e o advogado Gama Cerqueira para elaborar um projeto do Código de Processo Penal.

No dia 15 de agosto de 1935 essa comissão apresentou o projeto ao Presidente da República. A maior inovação desse projeto era o Juizado de Instrução. O projeto mantinha a polícia judiciária ao lado do juiz instrutor, com a função investigadora que lhe é inerente, com a co-participação do juiz.

---

<sup>8</sup> Higor Vinicius Nogueira Jorge. **As raízes da investigação criminal - Investigação criminal do mundo.** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2081>. Acesso em 22 de junho de 2008

A Constituição promulgada com o golpe de Estado de 10 de novembro de 1937, impediu a aprovação e discussão do projeto.

Em 3 de outubro de 1941 foi promulgado o Código de Processo Penal (Decreto-Lei nº 3.689). Para melhor adaptação ao Código foi promulgado o Decreto-Lei 3.931 de 11 de dezembro de 1941 com o nome de Lei de Introdução ao Código de Processo Penal.

O novo Código de Processo Penal de 1941 estabeleceu a instrução plenamente contraditória, separou de vez as funções acusatória e julgadora, eliminou quase por completo o procedimento ex-officio, restringiu a competência do Júri e pautou as formas procedimentais no sistema acusatório.

No que diz respeito ao Inquérito Policial, na exposição de motivos acentuou que foi mantido o inquérito policial como processo preliminar ou preparatório da ação penal, guardadas as suas características atuais. O ponderado exame da realidade brasileira, que não é apenas a dos centros urbanos, senão também a dos remotos distritos das comarcas do interior desaconselha o repúdio ao sistema vigente.<sup>9</sup>

### 1.3 As origens da prisão preventiva no Brasil

Visto que a prisão como forma de apenamento é relativamente recente. Originada na penitência do direito eclesiástico, ao final do século XVI, passou a ser sistematizado como espécie de pena, enquanto punição judiciária, em fins do século XVIII. A bem da verdade a prisão preventiva é tão antiga quanto a humanidade, tinha como fim especial manter os acusados no distrito da culpa para, posteriormente, processá-los e aplicar-lhes as punições, que quase sempre eram desumanas, como a morte, o açoite (pena de açoites era prevista no código de 1830, cujo artigo 60 era assim concebido: Se o réu for escravo, e incorrer em pena que não seja capital ou de galés, será condenado na de açoites, e de depois de sofrer, será

---

<sup>9</sup>Higor Vinicius Nogueira Jorge. *As raízes da investigação criminal - Investigação criminal do mundo*. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2081>. Acesso em 22 de junho de 2008.

entregue a seu senhor, que se obrigará a trazê-lo com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar), mutilações, o arrastamento e outras. Conclui-se, destarte, que, na sua origem mais remota, a prisão tinha apenas um caráter provisório e instrumental, conforme esclarece Garcia, (1993, p. 449): “Outrora, o aprisionamento só era usado para evitar a fuga dos réus. Não passava, pois, de medida processual, equivalente à atual prisão preventiva”.

Inicialmente a prisão teve natureza cautelar, posteriormente transformando-se em pena-castigo, sob a hegemonia do Direito Canônico.

Boschi, (2000, p.160), relata:

Os povos antigos da Babilônia, do Egito, da Grécia e de Roma não conheciam a pena-prisão. Embora os acusados fossem confinados normalmente em calabouços imundos, a segregação a que podiam ser submetidos tinha por finalidade retê-los, nos moldes da prisão cautelar, até o dia do julgamento.

Sobre as origens da prisão preventiva, Pinto (1987, 34 e 35) comenta:

A prisão preventiva era conhecida desde a antigüidade, sendo que, em Atenas, aplicava-se nos crimes de conspiração contra a pátria e a ordem política, além do peculato. Em Roma, a princípio, a prisão preventiva ocorria quando se tratasse de crime que, por sua natureza, exigisse julgamento público e o acusado o confessasse perante o pretor, pois declarando falsa a acusação que lhe era feita, tinha o direito de ficar em liberdade sob caução, e, depois, admitiu-se ao magistrado – procônsul – conforme a gravidade do crime e a condição do acusado, a prisão, ou a vigilância de guardas, ou a liberdade sob fiança, ou mesmo, sob palavra.

No Brasil, a prisão preventiva surgiu, legalmente, em 1822, com a proclamação da Independência. A Constituição Imperial de 1824, em seu art. 179 § 8º, admitiu a custódia preventiva, nos casos declarados em lei, mediante ordem escrita do juiz. O Código de Processo Criminal do Império, de 1832, previu também a prisão sem culpa formada para os crimes inafiançáveis, por ordem escrita da autoridade legítima, até que o Código de Processo

Penal de 03 de outubro de 1941, respaldado no Código de Processo Penal italiano de 1930, veio sistematizar, com rigor dogmático, a prisão preventiva no processo penal brasileiro.

#### **1.4 As modificações sofridas nos artigos que autorizam a prisão preventiva**

A custódia preventiva, com previsão legal nos artigos 311 a 316 do Código de Processo Penal, é uma medida judicial acauteladora e facultativa. Diferentemente de anterior disposição Tourinho Filho (1998, p. 467):

No direito brasileiro existiam, até há pouco tempo, duas espécies de prisão preventiva: a obrigatória e a facultativa. Em alguns casos (quando a pena cominada ao crime fosse de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a 10 anos), o Juiz era obrigado a decretar a medida extrema. Nos demais casos, a lei deixava-lhe (e hoje continua deixando em todo e qualquer caso) ao prudente arbítrio decretá-la ou não. Cabia, como se sabe, a este julgar da conveniência e necessidade da medida.

Ainda, sobre a Lei nº 5349 de 1967, que excluiu do Código de Processo Penal a prisão preventiva obrigatória, Noronha, ano 1998, pag. 224 afirma: Fez bem o legislador em aboli-la. Primeiramente, registra-se que o critério da lei fundava-se na quantidade da pena, o que era insubsistente. Basta dizer que suprimia a faculdade de o juiz – que é quem orienta o processo e aplicará a pena final – apreciar a conveniência ou não da medida.

Outra alteração que o artigo 312 do Código de Processo Penal sofreu em sua redação foi com advento da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, em seu artigo 86, que acrescentou as seguintes mudanças: a inclusão da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem econômica, e o emprego da expressão indício suficiente de autoria, em vez de indícios suficientes de autoria.

Sobre as modificações sofridas pelos artigos que autorizam a custódia preventiva, Delmanto Júnior, (2001, p.162), salienta:

“Duas foram às mudanças: a inclusão da decretação da prisão preventiva como garantia da “ordem econômica”, e o emprego da expressão “indício suficiente de autoria”, em vez de “indícios suficientes de autoria”. Desta feita, de novembro de 1967 a junho de 1994, a prisão preventiva exigia, como pressupostos para sua decretação, além da prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria, mais um dentre três requisitos que a autorizam: conveniência da instrução criminal, asseguramento da aplicação da lei penal ou garantia da ordem pública. Após junho de 1994, um quarto motivo a justificaria: a mencionada garantia da ordem econômica.”

Após a modificação de 1994, o artigo 312 do Código de Processo Penal passou a ter a seguinte redação, *in verbis*: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indicio suficiente de autoria.”

## **1.5 Prisão preventiva em outros ordenamentos jurídicos**

### **1.5.1 Prisão preventiva no ordenamento jurídico de Portugal**

A prisão preventiva assume na constituição portuguesa um caráter excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei. Esta medida está abrangida por um conjunto de regras e princípios estritos, que não permitem a sua classificação como uma medida punitiva, mas como uma medida de coação. A sua aplicação é feita quando o agente está indiciado da prática de um crime, mas não esgotadas as possibilidades de defesa, com o propósito de que não sejam colocados obstáculos ao desenvolvimento normal do processo.

O art.º 27.º n.º 2 da Constituição da República portuguesa diz que a prisão preventiva *tem natureza excepcional, não sendo decretada nem mantida sempre que possa ser aplicada caução ou outra medida mais favorável prevista na lei*. A previsão constitucional da prisão

preventiva no sistema português pode ser considerada como referência no âmbito do direito comparado, pois reflete um conjunto de preocupações comuns, sendo também idêntica a natureza desta medida.

Independentemente dos prazos permitidos em cada sistema jurídico para a duração da prisão preventiva, esta medida processual está abrangida por um conjunto de princípios e regras que permitem atribuir-lhe uma natureza de exceção. Quanto à sua natureza jurídica, esta medida de coação não assume carácter punitivo. Sendo comum entre os vários Estados a sua rejeição como uma pena que é aplicada a alguém, não estamos em presença de uma antecipação da pena aplicada. A sua aplicação corresponde a um momento em que apenas existe a notícia do crime, e o agente está indiciado da prática desse crime, sem que tenha sido esgotada a defesa ou apurados todos os meios de prova. As finalidades associadas a estas medidas estão, sobretudo relacionadas com a boa administração da justiça, visando impedir que se coloquem obstáculos ao desenvolvimento normal do processo.

Não obstante as conseqüências desta medida serem adversas para o agente, e colidirem com direitos, liberdades e garantias, a sua aplicação não se funda nos mesmos pressupostos que as penas, nem se dirige para os mesmos fins. É provável que o agente possa nem ser condenado pelo crime do qual foi acusado, mas o seu encarceramento pode revelar-se essencial para o decorrer do processo, e da investigação criminal. Parafraseando Beccaria, a prisão preventiva funciona como simples custódia de um cidadão até que ele seja condenado.

A prisão preventiva encerra em si um campo de tensão associado ao fato de se concentrarem vários interesses em conflito. Um ceder de interesses individuais perante um interesse público, em que o direito à liberdade, alicerçado numa presunção de inocência que privilegia todos os que ainda não foram condenados por sentença transitada em julgada, é superado pela necessidade de promover condições para o correto funcionamento do processo. A prisão preventiva tem na sua natureza um significado e uma expressão que obrigam ao recurso cuidado e rigoroso na sua utilização, impondo limitações e restritas condições à sua aplicação, estando orientada por princípios, assentando em pressupostos e condicionada por limites quantitativos que importa conhecer<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Fernando Silva. **Prisão preventiva - análise de direito comparado**. Disponível em: [http://www.janusonline.pt/2004/2004\\_3\\_3\\_12.html](http://www.janusonline.pt/2004/2004_3_3_12.html). Acesso em 24 de junho de 2008.

### 1.5.2 Prisão preventiva no ordenamento francês

O art.º 137.º do Código de Processo Penal francês determina que apenas deve funcionar a detenção provisória quando as outras medidas se mostrem insuficientes para os objetivos visados, e este bem pode ser considerado o mote orientador dos vários sistemas analisados. Podem ser aplicadas outras medidas visando igualmente assegurar que o cidadão não se furta ao cumprimento da justiça, nem perturba o decorrer do processo, com destaque para a prestação de caução, ou a prisão domiciliária. Elas permitem igualmente um controle judiciário sobre o cidadão que aguarda o desenrolar do processo-crime. O sistema processual francês destaca particularmente a natureza subsidiária da prisão preventiva ao estabelecer a sua aplicação sempre que o cidadão submetido a outra medida não a cumpra voluntariamente. As medidas de coação estão dispostas ordenada e hierarquicamente, de modo a permitir uma graduação em termos de gravidade nas conseqüências para aquele que a elas é submetido. A prisão preventiva assume o topo da hierarquia e está reservada para as situações em que as outras medidas não possam funcionar devidamente.<sup>11</sup>

A escolha da prisão preventiva, consagrada como última ratio em matéria de medidas de coação, deve fundamentar-se em critérios qualitativos e quantitativos, destacando assim a idéia de adequação e proporcionalidade que a deve revestir. O critério da adequação está associado aos fundamentos que devem presidir à sua aplicação, estando o juiz vinculado a uma fundamentação substantiva que se enquadre na justificação legal do recurso a esta medida de exceção. A detenção do agente tem de se revelar indispensável para a boa administração da justiça, sendo imprescindível para que a investigação funcione sem perturbações e se possa assegurar que o agente não se furta ao julgamento. O perigo de fuga do cidadão para o estrangeiro situa-se no centro das preocupações, sendo um dos fundamentos comuns aos vários ordenamentos para sustentar a aplicação desta medida.

Mas a prisão preventiva deve estar em consonância com a gravidade do fato, submetida ao princípio da proporcionalidade, não bastando reunir um conjunto de pressupostos fundamentais para ajuizar no sentido de se revelar essencial o recurso a este

---

<sup>11</sup> Fernando Silva. *Prisão preventiva - análise de direito comparado*. Disponível em: [http://www.janusonline.pt/2004/2004\\_3\\_3\\_12.html](http://www.janusonline.pt/2004/2004_3_3_12.html). Acesso em 24 de junho de 2008.

instrumento. Não se pode deixar de contemplar a gravidade do fato em questão, pois dela deve igualmente depender o recurso à aplicação da prisão. As preocupações com o condicionamento da prisão preventiva determinam em alguns Estados a necessidade de regular e conjugar medidas de controle. O Conselho da Europa recomendou por diversas vezes aos Estados membros cuidado na aplicação desta medida, fixando também alguns princípios que devem ser acolhidos para regular a aplicação de uma medida que visa privar o agente da sua liberdade enquanto o sistema se prepara para apurar os fatos e submetê-lo a julgamento.

Destacamos a este nível os princípios: da não obrigatoriedade da prisão preventiva; da necessidade de atender às circunstâncias do caso para determinar a sua aplicação; de ser considerada medida excepcional; de ser mantida para os casos de estrita necessidade; de nunca envolver fins punitivos. Resumem-se assim as preocupações manifestadas e consagradas nos vários ordenamentos.<sup>12</sup>

### 1.5.3 Fundamentos e condições para determinação da prisão preventiva

A decisão de prisão preventiva a aplicar ao arguido está sujeita a prévia apreciação dos pressupostos nos quais tal decisão tem de se fundar. Podemos encontrar condições comuns a vários ordenamentos para funcionamento e aplicação da prisão preventiva:

A insuficiência ou inadequação de outros meios, própria de uma medida de caráter residual;

A existência de fortes indícios (nesta fase não existirá muito mais do que a suspeita da prática dos fatos) da prática do crime e de ser o agente a ter cometido tal falta;

A fuga ou o perigo de fuga;

A ocultação ou destruição de provas;

Um critério quantitativo, associado à gravidade do fato, normalmente traduzido pela pena de prisão aplicável ao crime em causa.<sup>13</sup>

---

<sup>12</sup>Fernando Silva. **Prisão preventiva - análise de direito comparado.** Disponível em: [http://www.janusonline.pt/2004/2004\\_3\\_3\\_12.html](http://www.janusonline.pt/2004/2004_3_3_12.html). Acesso em 24 de junho de 2008.

<sup>13</sup> Fernando Silva. **Prisão preventiva - análise de direito comparado.** Disponível em: [http://www.janusonline.pt/2004/2004\\_3\\_3\\_12.html](http://www.janusonline.pt/2004/2004_3_3_12.html). Acesso em 24 de junho de 2008.

Além destes fatores comuns, cada ordenamento determina as suas exigências particulares para sustentar a prisão preventiva; alguns merecem uma referência especial:

**Portugal** – Pressupõe o CPP o perigo de perturbação do decurso do inquérito ou da instrução processual; ou o perigo de perturbação da ordem ou da tranquilidade pública, ou de continuidade da atividade criminal atendendo às circunstâncias do crime ou à personalidade do agente – sempre para crimes com pena superior a três anos de prisão.

**Espanha** – A prisão preventiva funciona para crimes com pena de prisão superior a três anos, ou, independentemente da sua duração, quando se justifique atendendo: aos antecedentes do agente, às circunstâncias particulares do fato, ou ao alarme social provocado pela sua prática. E, ainda, sempre que o agente indiciado pelo crime tenha faltado ao primeiro chamamento do tribunal no âmbito do respectivo crime.

**Alemanha** – A lei enumera os crimes para os quais se justifica a aplicação desta medida, como, por exemplo, crimes contra a liberdade sexual, contra a ordem pública, crimes contra a vida, entre outros, estando em causa a gravidade dos delitos.

**França** – Para crimes que sejam sujeitos a pena de prisão superior a três anos, ou sempre que o agente se furte voluntariamente ao cumprimento de outras medidas que lhe sejam aplicadas. E sempre que seja o único meio de: conservar as provas, impedir pressões sobre testemunhas ou outros intervenientes, colocar fim à infração impedindo a reiteração dos comportamentos, ou de pôr fim a uma perturbação excepcional da ordem pública provocada pela gravidade da infração.

**Brasil** – Para crimes dolosos punidos com pena de reclusão, ou com pena de detenção quando o agente seja vadio, ou não seja possível esclarecer a sua identidade. Ainda quando o agente tenha sido condenado por outro crime doloso em sentença transitada em julgado.

**Argentina** – O critério é essencialmente quantitativo, e refere-se aos crimes para os quais esteja prevista pena privativa da liberdade, e desde que não proceda execução condicional.<sup>14</sup>

Vendo um pouco da história da prisão preventiva, o próximo capítulo ira nos mostra as formas da prisão estudada aprofundadamente no Brasil.

## 2 A PRISÃO PREVENTIVA NO BRASIL

---

<sup>14</sup> Fernando Silva. *Prisão preventiva - análise de direito comparado*. Disponível em: [http://www.janusonline.pt/2004/2004\\_3\\_3\\_12.html](http://www.janusonline.pt/2004/2004_3_3_12.html). Acesso em 24 de junho de 2008.

Este capítulo tratará de como se dá a prisão preventiva no Brasil, trazendo sua legitimidade, requisitos e admissão, como também um pouco de sua história.

A prisão preventiva é um dos instrumentos radical do Direito Penal, mesmo tendo caráter de medida cautelar, ou seja, de medida excepcional, não guarda, na prática a devida proporção entre o caráter de excepcionalidade e sua aplicação real.

Observa-se que o decreto preventivo tornou-se medida banalizada pela prática policial e forense, sendo solicitada e, em muitos dos casos, decretada, sem que se demonstre qualquer necessidade de tal medida nos termos definidos no dispositivo legal, o artigo 312 do Código de Processo Penal. Se o decreto prisional, em função da realidade de sua aplicação fática, não reflete sua função declarada, torna-se necessário encontrar o real objetivo de tal dispositivo legal.

A necessidade de tal debate existe em razão de saber se tal decreto prisional viola ou não direitos fundamentais inscritos em nossa Constituição Federal, bem como princípios básicos do Direito brasileiro, tal como o princípio da presunção de inocência.

Com isso observa-se, que tanto para o operador do Direito, quanto para a sociedade em geral, é necessário entender o que realmente é a prisão preventiva, em aspecto amplo, como é utilizada, quando é utilizada de fato, quem ela atinge e qual o seu objetivo real, não declarado explicitamente, em aspectos jurídicos, filosóficos e sociológicos, para que se possa defender alterar ou questionar de maneira concreta e embasada, seja qual for a postura adotada ante a realidade<sup>15</sup>.

---

<sup>15</sup> Função teórica e função real da prisão preventiva. Disponível em: [http://200.142.144.130/revistas/direito/atual\\_estudantes.htm](http://200.142.144.130/revistas/direito/atual_estudantes.htm). Acesso dia 06-11-08.

## 2.1 Legitimidade da prisão preventiva

A legitimidade da prisão preventiva está elencada no artigo 311, do Código de Processo Penal, *in verbis*: “Em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou do querelante, ou mediante representação da autoridade policial.”

Segundo o artigo em exame, a prisão preventiva pode ser decretada em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, que se encerra na oportunidade do art.199 do CPP, somente o Juiz é que pode decretá-la, seja de ofício, seja mediante representação da Autoridade Policial, requerimento do Ministério Público ou do querelante.

A prisão preventiva só poderá ser decretada se de incontestável necessidade, que será aferida ante a presença dos seus pressupostos e condições, evitando-se, ao máximo, o comprometimento do direito de liberdade que o próprio ordenamento jurídico tutela e ampara. Incontestável necessidade, eis o seu fundamento.

Toda e qualquer prisão que antecede a um decreto condenatório com trânsito em julgado é medida odiosa, porque somente a sentença com trânsito em julgado é a legítima fonte para restringir a liberdade individual a título de pena. Sem embargo disso, a preventiva se justifica (e é a única que realmente se justifica) como necessidade para assegurar o império da lei penal. Por exemplo: o autor de delitos, sobretudo aqueles mais gravemente apenados, procuraria buscar a impunidade com a fuga; o acusado, solto, tentaria burlar a ação da Justiça obstaculizando a colheita de provas.

Em outras hipóteses, embora não se revistam de cautelaridade, têm sido admitidas para que a ordem pública não seja posta em risco, nem tampouco a ordem econômica seja violentada, causando mal-estar social<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> Tourinho Filho. Código de processo penal comentado. pag. 559, ano: 1999

## 2.2 Os requisitos de admissão da prisão preventiva e sua revogação

As circunstâncias que autorizam a decretação da prisão preventiva estão contidas no art. 312 do CPP: *in verbis*: “A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria.”

Tais requisitos, independentemente da natureza ou gravidade do crime, são imprescindíveis para a autorização da prisão preventiva, quais sejam: garantia da ordem pública, da ordem econômica, conveniência da instrução criminal ou assegurar a aplicação da lei penal.

Tanto a garantia da ordem pública com a da ordem econômica estão ligadas a real e intensa perspectiva de existência de novos delitos. Havendo evidente perigo social decorrente da demora em se aguardar o trânsito em julgado da decisão condenatória, pode ser decretada a prisão preventiva.

A conveniência da instrução criminal liga-se principalmente à provas circunstanciais de que o réu venha a intimidar testemunhas ou ocultar provas. Evidente aqui o *periculum in mora*<sup>17</sup>, pois não se chegará à verdade real se o réu permanecer solto até o final do processo.

Já quando se trata da prisão decretada para garantir a aplicação da lei penal, o próprio nome esclarece sua função. Será utilizada para, em caso de iminente fuga do agente do distrito da culpa, evitar inviabilização da futura execução da pena.

Sem a presença de tais requisitos, não há que se falar em decretação, requisição ou manutenção da prisão preventiva, visto que aqui não se discute culpa ou dolo pelo ilícito que deu origem ao processo, mas tão somente a existência dos requisitos acima mencionados, que autorizam a prisão preventiva.

---

<sup>17</sup> Perigo da demora. Plácio e Silva. *Vocabulário Jurídico*. 2007.p.1090.

Capez (2001, p. 230), em sua obra Curso de Processo Penal, confirma o exposto acima, asseverando que:

Sem preencher os requisitos gerais da tutela cautelar ( *fumus boni iuris* e *periculum in mora*<sup>18</sup>), sem necessidade para o processo, sem caráter instrumental, a prisão provisória, da qual a prisão preventiva é espécie, não seria nada mais do que uma execução da pena privativa de liberdade antes da condenação transitada em julgado e, isto sim, violaria o princípio da presunção da inocência.

Com isso, percebe-se, então, que a prisão preventiva funciona com a finalidade de prevenção, e não com de punição, que é característica apenas da prisão definitiva.

O simples fato de haver indícios da autoria não explica a manutenção ou decretação da prisão preventiva, já que, para tal, o réu deve ser devidamente processado, julgado e condenado. Não pode o réu ser punido antes mesmo do seu julgamento e possíveis recursos.

Nesse sentido, ensina Mirabete( 1997, p. 417):

A medida excepcional de decretação da prisão preventiva não pode ser adotada se ausente o fundamento legal. Deve ela apoiar-se em fatos concretos que a embasem e não apenas em hipóteses ou conjecturas sem apoio nos autos. Não a permite a simples gravidade do crime, ou por estar o autor desempregado ou por não possuir bons antecedentes. Também não se pode decretar a medida apenas para garantir a incolumidade física do acusado, pois tal constitui desvio de finalidade, cabendo ao estado providenciar segurança com outras medidas.

A Constituição Federal preceitua a respeito do princípio da inocência, tipificado no artigo 5º, LVII, onde relata que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Com isso, antes do trânsito em julgado da sentença irrecurável, pelo que dispõe a atual ordem constitucional, somente são permitidas prisões

---

<sup>18</sup> Fumaça do bom direito e perigo da demora. Plácio e Silva. **Vocabulário Jurídico**. 2007.p.612 e 1090

cautelares, instrumentais — e somente nos casos excepcionais em que tal medida se mostre necessária.

Já o artigo 313, traz que, *in verbis*:

Em qualquer das circunstâncias, previstas no artigo anterior, será admitida a decretação da prisão preventiva nos crimes do

I - punidos com reclusão;

II - punidos com detenção, quando se apurar que o indiciado é vadio ou, havendo dúvida sobre a sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la;

III - se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no Art. 64, I do Código Penal - reforma penal 1984.

IV - se o crime envolver violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da lei específica, para garantir a execução das medidas protetivas de urgência.<sup>19</sup>

Com isso pode-se perceber que a prisão preventiva não pode ser decretada nos crimes culposos e muito menos nas contravenções. Somente nos crimes dolosos e, assim mesmo, se punidos com reclusão. Excepcionalmente, ainda que punidos com a detenção: a) quando se apura que o indiciado é vadio, ou quando, havendo dúvida sobre sua identidade, não fornecer ou não indicar elementos para esclarecê-la; b) se o réu tiver sido condenado por outro crime doloso, em sentença transitada em julgado, ressalvado o disposto no art. 64, I, *in verbis*, do Código Penal.

Os crimes apenados com reclusão são mais graves e, quanto a estes, presentes os pressupostos e condições legais, a prisão preventiva pode ser decretada. Já nos crimes apenados com detenção, por se tratar de infrações menos expressivas, a prisão preventiva só será possível, mesmo com a presença de todos os requisitos exigidos em lei para a decretação da medida extrema.

---

<sup>19</sup> Tourinho Filho. Código de processo penal comentado. 1999, pag. 564,

O artigo 314 traz, *in verbis*: “A prisão preventiva em nenhum caso será decretada se o juiz verificar pelas provas constantes dos autos ter o agente praticado o fato nas condições dos arts. 23, 24 e 25 do Código Penal - reforma penal 1984”.

Esse artigo nos relata que é evidente que se nos autos houver prova mais ou menos séria, razoável, de que o réu agiu sob o pálio de qualquer uma dessas excludentes (estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento do dever legal ou exercício regular de direito), a prisão preventiva não pode ser decretada. Não haverá necessidade de as provas serem robustas, veementes, incontrovertidas. Não. O Juiz não vai proferir, naquele momento, nenhuma sentença de mérito. As provas devem ser de tal parte que façam gerar a convicção do Juiz de que o réu não praticou ato ilícito.

No art. 315, vem descrito que, *in verbis*: - “O despacho que decretar ou denegar a prisão preventiva será sempre fundamentado”<sup>20</sup>. Isto é, deve o Juiz reportar-se à existência da materialidade do fato (ou inexistência das provas quanto à materialidade, se denegar), bem como aos indícios suficientes de autoria (ou insuficientes, quando denegar).

Deverá também demonstrar, com os elementos dos autos, a sua necessidade para a garantia da ordem pública, da ordem econômica, para a preservação da instituição criminal e o asseguramento da aplicação da lei penal.

Não basta que o Juiz diga que decretou por conveniência da instrução, ou para garantia da ordem pública, ou outra qualquer circunstância que a autoriza. É preciso que o faça à vista dos elementos constante dos autos do inquérito ou do processo. Nada impede que se limite a adotar toda argumentação do requerente e venha a decretá-la. O bastante é que haja fundamentação, não alegação, não disquisição doutrinária.

O Juiz deve mostrar, com apoio exclusivamente nos autos, onde ele viu que, em liberdade, o réu causará transtorno à ordem econômica, à aplicação da lei penal.

No que diz respeito à revogação da prisão preventiva, o art. 316 do CPP traz consigo a seguinte redação, *in verbis*: “O juiz poderá revogar a prisão preventiva se, no correr do

---

<sup>20</sup> Tourinho Filho. Código de processo penal comentado. pag. 565, ano: 1999

processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem<sup>21</sup>.

Isso nos mostra que, embora tal artigo permita ao Juiz revoga a media se, no correr do processo, verificar a falta de motivo para que subsista, bem como de novo decretá-la se sobrevierem razões que a justifiquem, o certo é que, dispondo o art. 311 que a preventiva pode ser decretada durante o inquérito ou instrução, evidente que essa custódia cautelar só pode ser decretada até a fase do art. 499, qual seja, a que encerra a fase probatória.

O próximo capítulo irá tratar da eficácia do requisito da garantia da ordem pública, quem vem nos mostrando o que realmente o que é a garantia da ordem pública, trazendo opiniões de autores, onde eles dizem se realmente é eficaz ou não tal requisito.

---

<sup>21</sup> Tourinho Filho. Código de processo penal comentado. pag. 566, ano: 1999

### 3 A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA NA PRISÃO PREVENTIVA

O Código de Processo Penal Brasileiro, que foi implantado no Estado Novo, teve como modelo o Código de Processo Penal Italiano de 1930, gerado pelo regime fascista e que seguia os postulados da Escola Técnico-Jurídica. Em consequência disto, o CPP apresenta enfoque marcadamente autoritário, que pode ser constatado em várias de suas disposições, notadamente nas referentes às prisões provisórias, cuja aplicação automática dispensava, em certas hipóteses, qualquer justificativa assentada em razão de cautela.

Com a criação da Constituição da República em 1988, a proclamação de interesse oposto ao autoritarismo e a consagração de garantias a favor da liberdade individual, cujo fundamento está na dignidade da pessoa humana e tem como um de seus vetores o princípio da presunção de inocência, esculpido no artigo 5º, LVII, da CF e nos Pactos Internacionais dos quais o Brasil é signatário, impôs-se efetiva mudança na mentalidade dos operadores do Direito.

A regra é a liberdade, a prisão é uma exceção, cujo fundamento decorre de sentença penal condenatória transitada em julgado, ou de uma razão de cautela que comprove a necessidade de sua decretação no curso do inquérito ou do processo criminal. Reconhece-se então, a necessidade de uma releitura de várias normas dispostas no antigo Código de Processo Penal Brasileiro, para adequá-las ao atual paradigma constitucional.

Com isso surge a necessidade de discutir-se o conceito de garantia da ordem pública, para delimitar sua aplicação como fundamento de um decreto de prisão preventiva, pois, o seu conceito que sempre foi de difícil interpretação, dando margem a arbitrariedades, esbarra em postulados constitucionais, devendo-se verificar até mesmo sua natureza jurídica, para saber se a luz destes postulados pode ser considerada uma verdadeira razão de cautela.

### 3.1 Natureza jurídica da garantia da ordem pública

Os juristas brasileiros que se insurgiram contra a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, cita-se Gomes Filho (1991, p.67 e 68), que demonstrou-nos não possuir a idéia de ordem pública caráter instrumental relacionado com os meios e fins do processo, veja-se:

À ordem pública relacionam-se todas aquelas finalidades do encarceramento provisório que não se enquadram nas exigências de caráter cautelar propriamente ditas, mas constituem formas de privação da liberdade adotadas como medidas de defesa social; fala-se, então, em "exemplaridade", no sentido de imediata reação ao delito, que teria como efeito satisfazer o sentimento de justiça da sociedade; ou, ainda, em prevenção especial, assim entendida a necessidade de se evitar novos crimes; uma primeira infração pode revelar que o acusado é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou, ainda, indicar a possível ocorrência de outras, relacionadas à supressão de provas ou dirigidas contra a própria pessoa do acusado (Gomes Filho, 1991).

Com isso, dúvida não resta que falta à prisão preventiva decretada com base na *garantia da ordem pública caráter instrumental inerente a toda medida cautelar*, pois, esta visa assegurar os meios e os fins do processo, ao passo que na ordem pública não se vislumbra este caráter, não possuindo tal expressão limites rígidos para a sua definição, dando azo ao arbítrio e a casuísmos na restrição da liberdade.

A forma genérica e retórica da garantia da ordem pública representa a possibilidade de superação dos limites impostos pelo princípio da legalidade estrita, propiciando um amplo poder discricionário ao juiz com uma destinação bastante clara: a de fazer prevalecer o interesse da repressão em detrimento dos direitos e garantias individuais.

Só se pode decretar qualquer prisão cautelar, quando o julgador fundamentar a medida privativa da liberdade, com base no disposto no art. 93, IX, da Constituição Federal de 1988, não bastando meras conjecturas ou fatos abstratos invocados pelo magistrado, sem se ater ao caso concreto, sob pena de nulidade de tal medida prisional. Caso isso não seja

suficiente, será necessário também que estejam presentes, para a possibilidade da prisão preventiva, dois requisitos, e condições (que são quatro), sendo que uma destas deve coexistir com aqueles dois, que são os indícios suficientes de autoria e materialidade do delito (prova da existência do crime).

Segundo o Tourinho Filho (1999, p.487),

não basta, pois, a mera suspeita; a prova da materialidade delitiva é indispensável. Além da prova da existência do crime, a lei quer mais: indícios suficientes de autoria. Na velha lição, esses indícios devem ser tais que gerem a convicção de que foi o acusado o autor da infração, embora não haja certeza disto.

Partindo disso, uma das condições da prisão cautelar é a garantia da ordem pública, disposta no art. 312 do Código de Processo Penal, sendo que tal modalidade de prisão provisória possibilita uma interpretação muito ampla em relação ao conceito ordem pública, gerando muita polêmica, chegando alguns autores até a considerar que a preservação da ordem pública não está entre os objetivos da prisão cautelar, porque, na verdade trata-se de um dos escopos do processo principal cujo fim é especificamente o restabelecimento da situação de equilíbrio social e de ordem violados com a prática do delito.

Apesar de que o entendimento supra o que se verifica nos decretos prisionais, com base na ordem pública, tão invocada nas decisões dos pedidos de prisões cautelares, é sua utilização genérica e de modo abstrato, gerando uma grave insegurança jurídica.

Almeida Júnior (1998, p. 157), ao comentar a decretação da prisão preventiva para garantir a ordem pública, assevera que:

É de se esclarecer, porém, ser indifereçável nesses termos a prisão preventiva se distancia de seu caráter instrumental – de tutela do bom andamento do processo e da eficácia de seu resultado – insito a toda e qualquer medida cautelar, servindo de instrumento de justiça sumária, vingança social etc.

A crítica o pressuposto garantia da ordem pública, onde tal condição não tem significado especial e é meramente explicativo. Tal expressão poderia muito bem ser omitida do código, já que toda prisão decretada em processo penal se destina a garantir a ordem pública, que é sempre perturbada, de maneira mais ou menos grave, com a prática da infração penal.

Como já citado, não podemos olvidar de que a finalidade da prisão cautelar não é punir a pessoa investigada ou denunciada, mas sim e tão somente garantir a efetividade do processo de conhecimento, para que se possa realizar a produção probatória em certo momento da marcha processual ou do inquérito policial.

Com isso, é possível constatar que inexistente o caráter instrumental de efetividade do processo penal, medida esta inerente a toda medida cautelar prisional, em relação ao conceito de garantia a ordem pública, atribuindo ao julgador uma imensa margem de discricionariedade para a sua definição, levando-se a uma grave insegurança jurídica, ainda mais quando se trata da liberdade do cidadão.

### **3.2 Interpretações dadas à garantia da ordem pública**

Muito se discute acerca de estar ou não presente em um caso concreto uma lesão à ordem pública que justifique a custódia preventiva. Alguns procuram estender a abrangência do conceito de ordem pública, enquanto outros restringi-lo, conforme a posição que ocupem no processo, sejam acusadores, sejam defensores. Da mesma forma a jurisprudência ingressa nesta celeuma, ora firmando posição mais rigorosa, ora mais branda, conforme a formação e o entendimento pessoal de cada julgador.

Por sua vez, procuram buscar um conceito do que efetivamente signifique a locução ordem pública. No entanto, os conceitos apresentados não acrescentam nada novo e tornam-se repetitivos, eis que não há dificuldade em conceituar o que seja ordem pública. Para tanto, transcrevemos abaixo alguns conceitos do que se tem entendido por ordem pública, de acordo com Mirabete (1995, p. 377): “O conceito de ordem pública não se limita a prevenir a

reprodução de fatos criminosos, mas também acautelar o meio social e a própria credibilidade da justiça em face da gravidade do crime e sua repercussão.”

Segundo Garcia (1996, p. 169 e 170),

Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso as práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida.

De uma mesma maneira, em vários julgados, os Tribunais discutem a amplitude e o conteúdo compreendido na garantia da ordem pública. Para exemplificar, transcrevemos duas ementas, um Supremo Tribunal Federal, e outra do Superior Tribunal de Justiça que abordam a questão:

No conceito de ordem pública, não se visa apenas prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas acautelar o meio social e a própria credibilidade da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão. A conveniência da medida deve ser revelada pela sensibilidade do juiz à reação do meio ambiente à ação criminosa. A prisão preventiva pode ter como fundamento a garantia da ordem pública. A constrição ao exercício do direito de liberdade é justificada cautelarmente, a fim de evitar repetição de conduta delituosa ou reagir a vilania do comportamento delituoso, que, por suas características, gera vigorosa reação social.<sup>22</sup>

A idéia central de todo este breve estudo: de nada adiantará extensos debates doutrinários e jurisprudenciais acerca do que signifique garantia da ordem pública, pois esta é absolutamente insuficiente e em nada justifica, principalmente para aquele que teve sua liberdade tolhida, o fundamento e a justiça da medida.

Da forma como se encontra disciplinado o atual artigo 312 do Código de Processo Penal, no tocante ao fundamento de garantia da ordem pública, é possível (e freqüentemente

---

<sup>22</sup>Augusto Cavalheiro Neto. A insuficiência da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5039>. Acesso em :15/07/08

assim acontece) a prisão cautelar de qualquer pessoa independentemente de suas circunstâncias subjetivas. É por essa via que, muitas vezes, os Tribunais tem remetido ao cárcere um grande número de acusados primários e sem qualquer passagem pelos órgãos de segurança pública estatais, devidamente empregados, com residência fixa e família constituída, ou portadores de outras circunstâncias que lhe permitiriam aguardar a marcha processual em liberdade, sem qualquer prejuízo à sociedade.

Os Tribunais preferem submeter essa pessoa, ainda inocente por força de preceito constitucional, ao horror do cárcere ao invés de procurar avaliar de forma mais profunda suas circunstâncias subjetivas. Como resultado, temos cada vez mais a superlotação dos estabelecimentos prisionais, transformados em verdadeiras máquinas de deformação de pessoas.

Some-se a isso, a enorme balbúrdia realizada pelos meios de comunicação, bem como a pressão exercida por comunicadores sensacionalistas que apresentam-se como juristas de plantão responsáveis pela distorção de muitos acontecimentos e a propagação de um clima de insegurança no seio social.

Com isso temos uma mistura de preconceito contra o acusado, pressão intensa dos órgãos de imprensa, sentimento de insegurança da população e legislação muito subjetiva (quanto ao fundamento da garantia da ordem pública), isto é: todos os elementos necessários para a privação de liberdade do cidadão com base em critérios aparentemente objetivos, mas em verdade, puramente discricionários.

Aos que pressionam as autoridades públicas a aumentarem o rigor da justiça criminal, tolerando um percentual aceitável de injustiças deste sistema, é importante lembrar o ensinamento de Dworkin (2002, p.18):

O direito penal poderia ser mais eficiente se desconsiderasse essa distinção problemática e encarcerasse homens ou os forçasse a aceitar tratamento sempre que isso parecesse ter probabilidade de reduzir crimes no futuro. Mas isso, significaria cruzar a linha que separa tratar alguém como ser humano e como nosso próximo e tratá-lo como um recurso para o benefício dos outros. Para as convenções e práticas de nossa comunidade, não pode haver insulto mais profundo que esse.

Pode-se aprofundar a discussão e a reflexão sobre a insuficiência do fundamento de garantia da ordem pública para a decretação da prisão preventiva de um acusado. É preciso que estabeleçamos critérios legais objetivos que procurem disciplinar taxativamente as hipóteses que mereçam e, principalmente necessitem, de privação de liberdade.

Seria bom que se fizesse a definição de critérios objetivos, e previstos em lei, que levem em conta para a decretação da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, por exemplo, a natureza do crime imputado, a existência ou não de violência na conduta do acusado, as conseqüências advindas do crime (tanto para a vítima, quanto para a sociedade). Além disso, devem ser analisadas, principalmente, as condições subjetivas do acusado, tais como seus antecedentes criminais, suas condições familiares, suas atividades laborais e outras que permitam a verificação da pertinência e necessidade da medida cautelar.

Procura-se uma reflexão acerca da insuficiência do fundamento da garantia da ordem pública para decretação de prisão preventiva, bem como procurar uma nova base teórica que acarrete a sua superação é o pretensioso objetivo deste breve estudo. Todavia, não buscamos dar as respostas, pois estas devem ser fruto de muita discussão entre os juristas e a sociedade civil, tão somente contribuir na investigação dos problemas de nossa legislação penal, no que esperamos possa alcançar êxito.

O requisito da garantia da ordem pública será chamada a socorrer diversas interpretações a ela dada, com os mais diversos fins, havendo principalmente na jurisprudência, enorme casuismo no trato da matéria, conduzindo a interpretações as mais variadas, o que gera uma insuportável insegurança jurídica no trato de tema tão importante, qual seja, a privação da liberdade antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória.

Das expressões utilizadas para dar significado à garantia da ordem pública, constata-se que as mesmas são em verdade fórmulas vazias e sem conteúdo processual, como por exemplo, a potencialidade lesiva do crime ou gravidade do delito, a preservação da credibilidade na Justiça, a periculosidade do agente ou reiteração criminosa, o clamor público, entre outras presentes na jurisprudência.

A potencialidade lesiva ou gravidade do delito, não poderá servir de base para a manutenção da prisão de alguém, afinal, isto por si só não enseja a custódia do agente, uma vez que não mais existe prisão preventiva obrigatória para crimes graves na legislação brasileira, devendo-se demonstrar no caso concreto, quais elementos indicam o perigo da liberdade. Veja-se a orientação do Supremo Tribunal Federal: A gravidade do crime imputado ao réu, por si só, não é motivo suficiente para a prisão preventiva.

O argumento de que a necessidade de preservação da credibilidade na justiça pode acarretar a prisão para garantia da ordem pública, é dos que mais atenta contra os princípios processuais penais cautelares, pois, a prisão preventiva não pode ser instrumento da ação judicial para servir a essa pobreza cultural que exige cadeia imediatamente para todo e qualquer acusado. A via da exemplaridade e da satisfação do sentimento de justiça, não são fundamentações coerentes para a prisão preventiva, pois, tratam-se de aplicação de uma justiça sumária, que viola o devido processo legal e a presunção de não-culpabilidade.

O argumento relativo à periculosidade do agente, que visa fundamentar a prisão preventiva para que o agente não volte a delinquir, não prossiga na reiteração criminoso ou não consuma um crime tentado, acarreta verdadeira presunção de culpabilidade, conforme Delmanto Junior (1998, p.152 e 153):

Sem dúvida, não há como negar que a decretação de prisão preventiva com o fundamento de que o acusado poderá cometer novos delitos baseia-se, sobretudo, em dupla presunção: a primeira, de que o imputado realmente cometeu um delito; a segunda, de que, em liberdade e sujeito aos mesmos estímulos, praticará outro crime ou, ainda, envidará esforços para consumar o delito tentado. (...) Com a referida presunção de reiteração, restariam violadas, portanto, as garantias constitucionais da desconsideração prévia de culpabilidade (Constituição da República, art. 5º, LVII) e da presunção de inocência (Constituição da República, art. 5º, § 2º, c/c os arts. 14, 2, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, e 8º, 2, 1ª parte, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos).

Afirma ainda o autor que neste caso, a prisão preventiva perde seu caráter cautelar de tutela da efetividade do processo transformando-se em meio de prevenção especial e geral, fins exclusivos da sanção penal, configurando verdadeira punição antecipada

No mesmo sentido é a opinião de Lopes Júnior (2005, p. 203 e 206):

ao considerar que manter uma pessoa presa em nome da ordem pública, diante da reiteração de delitos e o risco de novas práticas, está se atendendo não ao processo penal, mas sim a uma função de polícia do Estado, completamente alheia ao objeto e fundamento do processo penal.

Também é amplamente contestado talvez seja esta a fórmula mais criticada, ventilar que o clamor público pode fundamentar a prisão preventiva. Isto, pois, ordem pública e clamor público são coisas distintas e este não implica necessariamente naquele. Ademais, na maioria dos casos concretos, não se vislumbra qualquer alteração excepcional no bojo social, que não seja a decorrente de qualquer delito que se cometa. Conforme Lopes Júnior é inconstitucional atribuir à prisão cautelar a função de controlar o alarma social, e por mais respeitáveis que sejam os sentimentos de vingança, nem a prisão preventiva pode servir como pena antecipada e fins de prevenção, nem o Estado, enquanto reserva ética, pode assumir papel vingativo.

Para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso à práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmo estímulos relacionados com a infração cometida. Trata-se, pôr vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações determinaria a providência.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

Entendemos que a prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública, na forma como está disciplinada pela nossa legislação, viola garantias constitucionais do cidadão. Este fundamento, na realidade, não diz nada, e se sujeita a qualquer juízo hipotético do julgador. Sob o fundamento de garantir a ordem pública, muitas são as decisões que, simplesmente desconsiderado as circunstâncias pessoais dos réus e, sem qualquer outro fundamento, senão a possibilidade de reincidência tem mantido encarceradas desnecessariamente muitas pessoas em nosso país.

Ante o exposto, é possível constatar que a prisão preventiva para a garantia da ordem pública não é medida cautelar, visto que a mesma não assegura a efetividade do processo, e sim se reveste de uma verdadeira antecipação da pena a ser eventualmente aplicada, como forma de demonstração do poder e coação Estatal em relação ao suspeito ou acusado.

A invocação do clamor público ou alarma social, com o escopo de restringir a liberdade do cidadão, através da prisão preventiva, também se reveste de flagrante inconstitucionalidade, violando-se os princípios da legalidade e da taxatividade. Ademais, considerando a natureza dos direitos limitados, como a liberdade e a presunção de inocência, são inaceitáveis uma interpretação extensiva ampliando o conceito de cautelar, até o ponto de transformá-la em medida de segurança pública, para justificar a prisão provisória diante do clamor público, o qual poderá ser relacionado através de inúmeras expressões vagas e abstratas que não se coadunam ao fato criminoso, sendo evidente que a lei penal se restringe àquilo que seu texto declara, exceto quando sua alteração interpretativa gera benefício ao imputado, ressaltando a idéia de que o direito criminal deve atuar com a menor ênfase possível.

Isso nos faz perceber que a garantia da ordem pública é uma locução de conteúdo largo. Seu preenchimento deve se dar de maneira bastante criteriosa, para não propiciar injustiças mediante atos processuais movidos ao calor do momento. Numa explicação breve e singela, o que se pretende tutelar com o encarceramento preventivo fundado na garantia da ordem pública é a paz pública. Busca-se evitar que outras pessoas fiquem expostas aos

cidadãos, em tese, responsáveis pela infração penal sob apuração. Em sucintas palavras, cuida-se de uma visão de periculosidade projetada no tempo, uma periculosidade pro futuro; um juízo valorativo provável e firmado com base em fatos pretéritos, por óbvio.

O raciocínio que reputamos adequado para concluir pela garantia da ordem pública também não deve se inclinar pela proteção dos denunciados contra as manifestações populares, mas sim o de resguardar a sociedade de novos atos criminosos de similar natureza, ou não, decorrentes dos mesmos agentes.

Com isso posto percebe que as hipóteses proposta no pré-projeto foram solucionadas, sendo que a doutrina e os operadores do direito muito debatem acerca de estar ou não presente em um caso concreto uma lesão à ordem pública que justifique a custódia preventiva. Alguns procuram estender a abrangência do conceito de ordem pública, enquanto outros restringi-los, conforme a posição que ocupem no processo, sejam acusadores, sejam defensores. Da mesma forma a jurisprudência ingressa nesta celeuma, ora firmando posição mais rigorosa, ora mais branda, conforme a formação e o entendimento pessoal de cada julgador.

Os Tribunais discutem a amplitude e o conteúdo compreendido na garantia da ordem pública. Embora existam diferenças entre o alcance dos conceitos, nenhum deles apresenta-se suficiente para resolver a problemática proposta. Isso não quer dizer que estejam equivocados, muito pelo contrário, todos os conceitos encontram-se, dentro de suas particularidades, formal e substancialmente adequados. Ocorre, no entanto, que a mera conceituação de ordem pública como fundamento para decretação da prisão preventiva tem se mostrado insuficiente ante o estágio de desenvolvimento do processo penal atual. com isso percebe-se que há mais pontos negativos do que positivos, onde a garantia da ordem pública não é suficiente para manter a medida cautelar da prisão preventiva, sendo pode-se perceber que as hipóteses previstas foram também solucionadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Livros:

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. **O Processo Criminal Brasileiro**. 4a edição, Rio de Janeiro : Livraria Freitas Bastos, Volume I, 1998.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Crime e Sociedade (Evolução Histórica da Pena Criminal)**. Curitiba: Juruá, 1999.

BOSCHI, José Antônio Paganella. **Das Penas e seus Critérios de Aplicação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal – parte geral**. 6ª edição rev., vol. 01., São Paulo:Saraiva, 2001.

DELMANTO JÚNIOR, Roberto. **As Modalidades de Prisão Provisória e seu Prazo de Duração**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal (parte geral)**. 2002.

DWORKIN, Robert. **"Levando os direitos a sério"**, Martins Fontes: São Paulo, 2002

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 2002

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1985.

GARCIA, Basileu. **"Comentários ao Código de processo Penal"**, v.III;1996.

GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **Presunção de inocência e prisão cautelar**. São Paulo: Saraiva, 1991.

LOPES, JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal – fundamentos da instrumentalidade garantista**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.

LUIZI, Luiz . **Os princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991

MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. volume I, São Paulo : Bookseller, 1997.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Código de processo penal interpretado**. 5ª edição, São Paulo:Atlas, 1997.

PINTO, Antônio José Azevedo. **A Prisão Cautelar no Brasil (Aspectos Constitucionais e Processuais Penais)**. Rio de Janeiro: Liber Júris, 1987.

RAMOS, Humberto da Silva. **O Direito Brasileiro ao Tempo da Colônia**. Revista da ADPESP, Ano 16, Nº 20, p. 31, São Paulo : Iglu, 1995

SILVA, Plácio e . **Vocabulário Jurídico**. 2007.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 20. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, v. 3.

### Endereços eletrônicos

Higor Vinicius Nogueira Jorge. **As raízes da investigação criminal - Investigação criminal do mundo**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2081>. Acesso em 22 de junho de 2008.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir**. 25. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2002, p. 63.

Higor Vinicius Nogueira Jorge. **As raízes da investigação criminal - Investigação criminal do mundo**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2081>. Acesso em 22 de junho de 2008.

**Função teórica e função real da prisão preventiva**. Disponível em: [http://200.142.144.130/revistas/direito/Atual\\_estudantes.htm](http://200.142.144.130/revistas/direito/Atual_estudantes.htm). Acesso dia 06-11-08.

JORGE, Higor Vinicius Nogueira . **As raízes da investigação criminal - Investigação criminal do mundo**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/2081>. Acesso em 22 de junho de 2008.

NETO, Augusto Cavalheiro. **A insuficiência da garantia da ordem pública como fundamento do decreto de prisão preventiva**. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5039>. Acesso em :15/07/08

SILVA, Fernando. **Prisão preventiva - análise de direito comparado**. Disponível em: [http://www.janusonline.pt/2004/2004\\_3\\_3\\_12.html](http://www.janusonline.pt/2004/2004_3_3_12.html). Acesso em 24 de junho de 2008.

### Códigos:

BRASIL. Constituição (1946). **Constituição dos Estados Unidos do Brasil (De 18 De Setembro De 1946)** Art. 5º, inciso XIX.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil ( de 24 de fevereiro de 1891)**.

BRASIL. Constituição (1824). **Constituição Política do Império do Brasil (De 25 De Março De 1824)**. Art. 179, § 8º.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. – 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006. Art. 5º, inciso LVII.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** promulgada em 5 de outubro de 1988. – 4. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicações, 2006. Art. 93, inciso IX.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.** Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941. 311.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.** Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941. 312.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.** Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941. 313, inciso, I, II, III e IV.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.** Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941. 314.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.** Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941. 315.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.** Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941. 316.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.** Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941. 199.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.** Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941. 499.

BRASIL. **Código de Processo Penal Brasileiro de 1941.** Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941. 311.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro de 1940.** Institui o Código Penal. Brasília, DF: Senado, 1973. Art. 23.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro de 1940.** Institui o Código Penal. Brasília, DF: Senado, 1973. Art. 24.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro de 1940.** Institui o Código Penal. Brasília, DF: Senado, 1973. Art. 25.

BRASIL. **Código Penal Brasileiro de 1940.** Institui o Código Penal. Brasília, DF: Senado, 1973. Art. 64, inciso I.

BRASIL. **Código Criminal de 1930.** Institui o Código Criminal. 1930. Artigo 60.

**Leis :**

**BRASIL. Decreto Lei nº 120 de 31 de Janeiro de 1842.** Dispõe sobre: a regulamentação da execução da parte policial e criminal.

**BRASIL. Decreto Lei nº 847 de 11 de outubro de 1890.** Dispõe sobre: algumas inovações importantes sobre a ação penal.

**BRASIL. Lei 2.033 de 20 de Setembro de 1871.**

**BRASIL. Lei nº 5.349, de 3 de novembro 1967.** Dispõe sobre: a exclusão da prisão preventiva obrigatória no Código de Processo Penal.

**BRASIL. Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994.** Dispõe sobre: em seu artigo 86, que acrescentou as seguintes mudanças: a inclusão da decretação da prisão preventiva como garantia da ordem econômica, e o emprego da expressão indício suficiente de autoria, em vez de indícios suficientes de autoria.